

**SELECTAREA DELEGATULUI  
SERVICIULUI PUBLIC. O ALEGERE  
LIBERĂ LIMITATĂ**

**François HERVOUËT**

Profesor la Facultatea de Drept din Poitiers,  
Decan onorific  
Director al Institutului de Drept public (E.A.  
2623)  
Catedra Jean Monnet

**LA SÉLECTION DU DÉLÉGATAIRE  
DU SERVICE PUBLIC: UN LIBRE  
CHOIX ENCADRÉ**

**François HERVOUËT**

Professeur à la Faculté de Droit de Poitiers,  
Doyen honoraire  
Directeur de l'Institut de Droit public (E.A.  
2623)  
Chaire Jean Monnet

**Abstract:** Alegerea unui delegat al serviciului public se supune în Franța unor reguli originale care nu sunt cele cărora li se dă curs în raporturile contractuale de drept privat, și nici cele care se impun administrației atunci când ea caută un partener pentru a executa o afacere publică. Aceasta se bazează pe principiul libertății, dar o libertate limitată. Din acel moment, se pun mai multe întrebări: De ce să alegem liber delegatul serviciului public, adică cocontractantul administrației? Această regulă are o bază juridică, mai ales în materia dreptului contractelor?

**Cuvinte cheie:** delegat, serviciului public, principiul liberei alegeri, concurența, drept administrativ

Alegerea unui delegat al serviciului public<sup>1</sup> se supune în Franța unor reguli originale care nu sunt cele cărora li se dă curs în raporturile contractuale de drept privat, și nici cele care se impun administrației atunci când ea caută un partener pentru a executa o afacere publică. Aceasta se bazează pe principiul libertății, dar o libertate limitată. Din acel moment, se pun mai multe întrebări: De ce să alegem liber delegatul serviciului public, adică cocontractantul administrației? Această regulă are o bază juridică, mai ales în materia dreptului contractelor?

Principiul libertății contractuale este recunoscut în dreptul francez de la Revoluție,

**Abstract:** Le choix du délégataire du service public obéit en France à des règles profondément originales qui ne sont ni celles qui ont cours dans les rapports contractuels de droit privé, ni surtout celles qui s'imposent à l'administration lorsqu'elle recherche un partenaire pour exécuter un marché public. Il repose sur le principe de la liberté, mais d'une liberté encadrée. Dès lors, se posent plusieurs questions : Pourquoi choisir librement le délégataire du service public, c'est-à-dire le cocontractant de l'administration ? Cette règle a-t-elle un fondement juridique notamment en matière de droit des contrats ?

**Mots clés:** Délégitaire, service public, Le principe de libre choix, concurrence, droit administratif

Le choix du délégataire du service public<sup>32</sup> obéit en France à des règles profondément originales qui ne sont ni celles qui ont cours dans les rapports contractuels de droit privé, ni surtout celles qui s'imposent à l'administration lorsqu'elle recherche un partenaire pour exécuter un marché public. Il repose sur le principe de la liberté, mais d'une liberté encadrée. Dès lors, se posent plusieurs questions : Pourquoi choisir librement le délégataire du service public, c'est-à-dire le cocontractant de l'administration ? Cette règle a-t-elle un fondement juridique notamment en matière de droit des contrats ?

Le principe de la liberté contractuelle est reconnu en droit français depuis la

dar nu este încă afirmat în mod expres; el se traduce mai ales sub forma consimțământului care, conform Codului civil (articolul 1108), constituie una dintre cele patru condiții esențiale și prima dintre ele, valabilitatea unei convenții. Dar nu există consimțământ valabil, decât dacă acesta se acordă în mod liber; această regulă, de altfel, este exprimată de același cod în mod negativ, enumerând ipotezele care viciază consimțământul (articolul 1109) : „*Nu există consimțământ valabil dacă acesta nu a fost dat decât din eroare sau dacă a fost smuls prin violență sau surprins prin dol.*” De aici decurge, la rândul său, problema libertății contractuale.

În ce măsură ar trebui această regulă din dreptul civil să se aplice contractelor administrative, și anume contractului de concesiune a serviciului public<sup>2</sup> și, în cele din urmă, tuturor contractelor privind delegarea serviciului public? De ce ar trebui să fie ea o regulă de drept administrativ? Aceasta ține de faptul că, dacă această ultimă ramură juridică este distinctă de dreptul privat, ea nu îi este străină: dreptul administrativ este adesea un drept ce derogă de la dreptul comun; aceasta nu înseamnă că el este diferit în mod sistematic sau că administrația nu ar putea să-l aplice<sup>3</sup>. Atunci când o regulă de drept civil pare a fi satisfăcătoare în funcția sau în organizația administrativă, ea poate fi reluată așa cum este sau încorporată ca și regula de drept administrativ; acesta este cazul alegerii libere a cocontractantului administrației.

De altfel, cauzele militează pentru această soluție, mai ales atunci când este vorba de încredințarea gestiunii unui serviciu public unei persoane private.

Rațiunile sunt mai întâi istorice. În forma sa modernă, acest mod de gestiune a apărut odată cu concesiunea serviciului public – care încă rămâne principala formă de gestiune delegată a serviciului public unui organism privat – la sfârșitul primei jumătăți a secolului al XIX-lea. Atunci se acționa în maniera depunerii unor mari eforturi necesare pentru înființarea unui nou serviciu

Révolution encore qu’il ne soit pas expressément affirmé ; il se traduit en particulier sous la forme du consentement qui, selon le Code civil (article 1108), constitue l’une des quatre conditions essentielles, et la première, de la validité d’une convention. Mais il n’y a de consentement valable que s’il est accordé librement ; cette règle, le même code l’exprime d’ailleurs négativement, en énumérant les hypothèses qui vicient le consentement (article 1109) : “*Il n’y a point de consentement valable, si le consentement n’a été donné que par erreur, ou s’il a été extorqué par violence ou surpris par dol.*” C’est de là que découle à son tour le libre choix des cocontractants.

Certes, pourra-t-on dire, mais en quoi cette règle tirée du droit civil devrait-elle s’appliquer aux contrats administratifs que sont le contrat de concession de service public<sup>33</sup> et, à sa suite, tous les contrats portant délégation de service public ? Pourquoi devrait-elle être une règle de droit administratif ? Cela tient à ce que, si cette dernière branche juridique est distincte du droit privé, elle ne lui est pas étrangère : le droit administratif est souvent un droit dérogatoire au droit commun ; cela ne signifie pas qu’il en soit systématiquement différent ou que l’administration ne puisse en faire application<sup>34</sup>. Lorsqu’une règle de droit civil apparaît satisfaisante au fonctionnement ou à l’organisation administratifs, elle peut être reprise telle quelle ou incorporée en tant que règle de droit administratif ; c’est le cas du libre choix du cocontractant de l’administration.

Des raisons militent d’ailleurs en faveur de cette solution, surtout lorsqu’il s’agit de confier à une personne privée la gestion d’un service public.

Elles sont d’abord historiques. Sous sa forme moderne, ce mode de gestion est apparu avec la concession de service public - qui demeure encore la forme principale de gestion déléguée de service public à un organisme privé - à la fin de la première moitié du XIX<sup>e</sup> siècle. Il s’agissait alors à la fois de réaliser des grands travaux nécessaires à la

public, apoi administrarea printr-un partener privat; cel mai cunoscut exemplu este, fără îndoială, cel al construcției și exploatarei rețelei de căi ferate care avea să se bazeze pe acest sistem al concesiunii până la naționalizarea marilor companii în 1936 (concesiunea nu va dispărea cu această ocazie, ci va lua o formă diferită).

Acest intervenționism al Statului în amenajarea teritoriului înainte de vreme era însoțit și de ideologia liberală. Aceasta reține mai ales pentru principiul libertății contractuale și așadar al alegerii libere a partenerului. Deci, nu este de mirare că aici găsim o aplicare în cazul selecției gestionarului serviciului public.

Efectul liberalismului nu se traduce totuși numai în acest fel, nici atunci și nici în prezent, pentru că el decurge în mod egal din respectul concurenței; astfel, cea din urmă este de aplicarea principiului pentru serviciile publice cu obiect economic pe baza dreptului Uniunii europene, de fiecare dată când este vorba de încredințarea gestiunii unei persoane private<sup>4</sup>. Însă limitarea accesului delegării unor parteneri de către serviciul public nu ar putea aduce atingere decât concurenței și s-ar traduce și printr-o limitare a alegerii cocontractantului. Concurența și libera alegere se întăresc și reciproc pentru că ele au aceeași logică. Aceasta nu semnifică prin urmare lipsa organizării sau chiar limitarea concurenței, ci că acest principiu servește drept bază dreptului aplicabil în materie.

Trebuie să subliniem și importanța *intuitus personae* pentru a înțelege adoptarea soluției libertății alegerii. Contractul de delegare a serviciului public se referă în general la activități importante, ba chiar esențiale pentru colectivitatea publică<sup>5</sup>; așadar, este dificil să faci afaceri cu un partener care ar fi ales numai după criterii impersonale, cum ar fi, de exemplu, prețul practicat. Prin urmare intenționează să-i lase o putere mare de apreciere subiectivă. Desigur, am putea obiecta că tocmai din cauza importanței obiectului contractului, ar

mise en place d'un nouveau service public puis de le faire gérer par un partenaire privé ; l'exemple le plus connu est sans nul doute celui de la construction et l'exploitation du réseau de chemins de fer qui reposera sur ce système de la concession jusqu'à la nationalisation des grandes compagnies en 1936 (la concession ne disparaîtra pas pour autant à cette occasion, toutefois elle prendra une forme différente).

Cet interventionnisme de l'Etat dans l'aménagement du territoire avant l'heure s'accompagnait aussi de l'idéologie libérale. Celle-ci retient notamment pour principe celui de la liberté contractuelle et donc du libre choix du partenaire. Il n'est donc pas étonnant qu'on en trouve une application dans le cas de la sélection du gestionnaire du service public.

L'effet du libéralisme ne se traduit cependant pas seulement de cette façon, ni à cette époque ni actuellement, puisqu'en découle également le respect de la concurrence ; en effet ce dernier est d'application de principe pour les services publics à objet économique en raison du droit de l'Union européenne, chaque fois qu'il s'agit d'en confier la gestion à une personne privée<sup>35</sup>. Or limiter l'accès à la délégation de service public à quelques partenaires ne pourrait que porter atteinte à la concurrence et se traduirait aussi par une limitation du choix du cocontractant. Concurrence et libre choix se confortent ainsi l'un l'autre parce qu'ils répondent à la même logique. Cela ne signifie pas, on le verra par la suite, qu'il n'y ait pas organisation, voire limitation, de la concurrence mais ce principe sous-tend le droit applicable en la matière.

Il faut souligner également l'importance de l'*intuitus personae* pour comprendre l'adoption de la solution du libre choix. Le contrat de délégation de service public porte généralement sur des activités importantes voire essentielles pour la collectivité publique<sup>36</sup> ; il lui est donc difficile de faire affaire avec un partenaire qui serait choisi sur des critères uniquement impersonnels, tel, par exemple, le prix

fi preferabil să ne înconjurăm de un mare lux de precauții care va lega puterea publică în alegerea sa; vom avea totuși ocazia să constatăm că aceste limite există efectiv, dar că ele se exprimă într-o altă manieră.

Cu toate acestea de la înființarea sa, libera alegere în delegare se supune unor reguli destul de particulare. Nu am ști de fapt să reluăm ceea ce este indicat mai sus pentru alte contracte administrative care încredințează gestiunea activităților publice unor întreprinderi private. Cazul cel mai frapant este, fără îndoială cel al piețelor publice al căror obiect este totuși, uneori, puțin izolat de cel al delegărilor; în această ipoteză, libera alegere este prin tradiție astfel limitată prin intermediul unor reguli, în mod deosebit cele de adjudecare sau de cerere de oferte, incit persoana publică este în mare parte constrânsă. Nu ar trebui să concluzionăm astfel că practica este foarte diferită între cele două tehnici de atribuire a contractelor administrative pentru că, pe căi opuse în principiu, ajungem adesea la rezultate apropiate.

În sens opus, ar fi greșit să gândim că originalitatea proprie delegațiilor serviciului public raportată la soluțiile adoptate în ceea ce privește alegerea cocontractantului Statului sau al colectivităților locale, face regimul asimilabil dreptului privat pentru că acesta din urmă nu permite decât într-un mod dificil luarea în considerare a interesului general, care este scopul activității vizate; aceste reguli specifice vor fi discutate în această publicație.

Ele nu sunt contradictorii, cel puțin în aparență dacă nu și în realitate, întrucât la un principiu asumat prin libera alegere a delegatului serviciului public prin administrație sau, în orice caz, având marea putere discreționară în acest domeniu (I), răspund modalitățile minuțioase și uneori neadaptate de încadrare chiar și atunci când legiferarea regulilor de control este necesară (II).

pratique. Il convient ainsi de lui laisser un large pouvoir d'appréciation subjective. Certes, on pourrait objecter que précisément en raison de l'importance de l'objet du contrat, il serait préférable de s'entourer d'un grand luxe de précautions venant lier la puissance publique dans son choix ; on aura cependant l'occasion de constater que ces limites existent effectivement mais qu'elles s'expriment d'une autre manière.

Dans son fondement toutefois, le libre choix dans la délégation obéit à des règles tout à fait particulières. On ne saurait en effet reprendre ce qui est indiqué ci-dessus pour d'autres contrats administratifs confiant la gestion d'activités publiques à des entreprises privées. Le cas le plus frappant est sans doute celui des marchés publics dont l'objet est pourtant quelquefois peu éloigné de celui des délégations ; dans cette hypothèse, le libre choix est par tradition tellement encadré à l'aide de règles, en particulier celles de l'adjudication ou de l'appel d'offres, que la personne publique se trouve largement contrainte. Il ne faudrait pas pour autant en conclure que la pratique est très différente entre les deux techniques de passation de contrats administratifs, car, par des voies opposées dans leur principe, on arrive souvent à des résultats proches.

Il serait à l'inverse erroné de penser que l'originalité propre aux délégations de service public par rapport aux solutions adoptées pour ce qui concerne le choix du cocontractant de l'Etat ou des collectivités locales, rend le régime assimilable à celui du droit privé car ce dernier ne permet que difficilement de prendre en compte l'intérêt général qui est le but de l'activité considérée ; c'est bien de règles spécifiques dont il sera question dans cette publication.

Elles ne laissent pas d'être contradictoires, au moins en apparence si ce n'est en réalité, puisqu'à un principe affirmé de libre choix du délégataire du service public par l'administration ou en tout cas de large pouvoir discrétionnaire en ce domaine (I), répondent des modalités d'encadrement pointilleuses et


### **I- Principiul alegerii libere a delegatului: o mare putere discreționară a puterii publice.**

Din mai multe aspecte, este posibil să constatăm câte autorități competente, privind legislatorul, puterea reglementară sau judecătorească, afirmă principiul liberei alegeri a delegatului serviciului public de către administrație (A), în favoarea aplicării unei delegari a unui regim considerat ca fiind mai degrabă pentru activități private, cel al concurenței (B).

#### *A- Afirmarea principiului alegerii libere.*

1- Dacă dreptul privat al contractelor nu afirmă decât într-o manieră implicită regula liberei alegeri a cocontractanților, dreptul administrativ nu are astfel de scrupule atunci când este vorba de delegarea serviciului public. Legea din 29 ianuarie 1993 referitoare la prevenirea corupției și la transparența vieții economice și a procedurilor publice (mai cunoscută sub numele legea „Sapin”, după numele ministrului care se află la originile sale; astfel o vom numi în continuare) dispune, de fapt, în articolul său 38, ultimul alineat<sup>6</sup> : „Ofertele...sunt liber negociate de autoritatea responsabilă a persoanei publice delegante care, în termenii acestei negocieri, alege delegatul.” Astfel, rezultă un veritabil principiu afirmat de legislator și interpretat cu liberalitate de judecător: dacă persoana publică trebuie să trateze la fel candidații reținuți, asta nu înseamnă că ea este obligată să negocieze cu toți; ea poate chiar să antreneze discuții cu unul singur dintre ei<sup>7</sup>.

Acest principiu este reluat și dezvoltat de consiliul constituțional.

Inițial <sup>8</sup>, acesta din urmă recunoaște principiul juridic al alegerii libere a cocontractantului pentru orice convenție de drept public sau privat, dar refuză să facă din asta un principiu cu valoare constituțională:


parfois inadaptées alors même que l'édiction de règles de contrôle est à coup sûr nécessaire (II).

### **I- Le principe du libre choix du délégataire : un large pouvoir discrétionnaire de la puissance publique.**

Par plusieurs aspects, il est possible de constater combien les autorités compétentes, qu'il s'agisse du législateur, du pouvoir réglementaire ou du juge, affirment le principe du libre choix du délégataire du service public par l'administration (A), au point de faire application à la délégation d'un régime plutôt envisagé pour les activités privées, celui de la concurrence (B).

#### *A- L'affirmation du principe du libre choix.*

1- Si le droit privé des contrats n'affirme que de façon implicite la règle du libre choix des cocontractants, le droit administratif n'a pas de tels scrupules lorsqu'il s'agit de délégation de service public. La loi du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques (plus connue sous le nom de loi “Sapin”, du nom du ministre qui se trouve à son origine ; c'est ainsi qu'on la désignera par la suite) dispose en effet dans son article 38, dernier alinéa<sup>37</sup> : “Les offres ...sont librement négociées par l'autorité responsable de la personne publique délégante qui, au terme de ces négociations, choisit le délégataire.” C'est ainsi un véritable principe qui est affirmé par le législateur et interprété avec libéralité par le juge : si la personne publique doit traiter de façon égale les candidats retenus, cela ne signifie toutefois pas qu'elle soit obligée de négocier avec tous ; elle peut même n'entamer de discussions qu'avec un seul d'entre eux<sup>38</sup>.

Ce principe est repris et développé par le conseil constitutionnel. Dans un premier temps <sup>39</sup>, ce dernier reconnaît le principe

„Nicio norma de valoare constituțională nu garantează principiul libertății contractuale”. Adică o lege obișnuită poate (dar nu este obligată) să atingă acest punct : de altfel, acest fapt este întâlnit uneori în dreptul privat, ca și în dreptul public, dar și în ceea ce legislatorul refuză să facă în domeniul care ne interesează, după cum tocmai am constatat. Dar, în continuare, pentru a atenua importanța absenței recunoștinței constituționale, înalta jurisdicție, după ce a amintit spiritul „considerentului” din 1994, indică pe de altă parte<sup>9</sup> faptul că, dacă legislatorul poate decide să nu aplice principiul alegerii libere, acest drept este totuși limitat: „Principiul libertății contractuale nu are valoare constituțională: necunoașterea sa nu poate fi invocată în fața Consiliului constituțional decât în cazul în care ea ar conduce la atentarea drepturilor și libertăților garantate prin constituție”. Altfel spus, obiecțiile pot conduce, de la caz la caz, la nerespectarea liberei alegeri pentru că atentarea ar fi contrară unui alt principiu care ar avea valoare supremă; de exemplu, dacă absența respectării alegerii libere prejudiciază libertatea de a pleca și de a veni, care este un principiu de valoare constituțională, legea va fi cenzurată nu pentru că nu susține libera alegere, ci din cauza incompatibilității cu principiul constituțional. În sfârșit, într-o a treia etapă, fără a face din libera alegere un principiu cu valoare constituțională pentru toate contractele, el recunoaște totuși această valoare pentru principiile libertății de acces, egalității tratamentului candidaților și transparenței procedurilor în cazul comenzii publice, și așadar al delegării serviciului public<sup>10</sup>.

De altfel, Consiliul de Stat nu judecă diferit. Într-o primă afacere<sup>11</sup>, acesta admite implicit că libera alegere nu constituie un principiu constituțional pentru că el recunoaște că o lege poate face excepție, dar adaugă ca astfel de dispoziții legislative, „care derogă de la principiul libertății contractuale, trebuie să fie strict

juridique de libre choix du cocontractant pour toute convention de droit public ou de droit privé, mais il refuse d'en faire un principe de valeur constitutionnelle : “Aucune norme de valeur constitutionnelle ne garantit le principe de la liberté contractuelle”. C'est dire qu'une loi ordinaire peut (mais n'est pas obligée de) y porter atteinte : c'est d'ailleurs ce que l'on rencontre parfois en droit privé comme en droit public, mais aussi ce que le législateur refuse de faire dans le domaine qui nous intéresse ainsi qu'on vient de le constater. Mais par la suite, afin d'atténuer la portée de l'absence de reconnaissance constitutionnelle, la haute juridiction, après avoir rappelé l'esprit du “considérant” de 1994, indique par ailleurs<sup>40</sup> que, si le législateur peut décider de ne pas appliquer le principe du libre choix, cette faculté est cependant encadrée : “Le principe de liberté contractuelle n'a pas en lui-même de valeur constitutionnelle ; sa méconnaissance ne peut être invoquée devant le Conseil constitutionnel que dans le cas où elle conduirait à porter atteinte à des droits et libertés constitutionnellement garantis”. Autrement dit, des objections peuvent, au cas par cas, entraîner que le libre choix ne soit pas respecté parce que l'atteinte serait contraire à un autre principe qui, lui, aurait valeur suprême ; par exemple, si l'absence de respect du libre choix préjudicie à la liberté d'aller et venir, qui est un principe de valeur constitutionnelle, la loi sera censurée non pas parce qu'elle ne retient pas le libre choix, mais en raison de son incompatibilité avec le principe constitutionnel. Enfin dans un troisième temps, sans faire du libre choix un principe de valeur constitutionnelle pour tous les contrats, il reconnaît cependant cette valeur pour les principes de liberté d'accès, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures dans le cas de la commande publique, et donc de la délégation de service public<sup>41</sup>.

Le conseil d'Etat ne raisonne d'ailleurs pas différemment. Dans une première affaire<sup>42</sup>, il admet implicitement que le libre choix ne constitue pas un principe

*interpretate*”, ca orice măsură de acest tip. Totuși, în continuare, el admite aplicarea principiilor de comandă publică delegărilor serviciului public<sup>12</sup>.

2- Totuși, atunci când este vorba de delegarea serviciului public (sau de cea mai eminentă formă a sa, concesiunea), libera alegere dobândește o importanță esențială. Ea constituie de fapt un element substanțial și intră astfel chiar în definiția acesteia; ea permite distingerea delegării de alte forme contractuale: când avem îndoieli asupra naturii unui contract, absența liberei alegeri interzice ca aceasta să poată fi calificată de delegarea serviciului public; excepțiile legislative care pot fi formulate cu privire la acest principiu și pe care le-am evocat mai devreme, sunt așadar de neconceput în cazul delegării. Găsim aici o originalitate caracteristică a acestor convenții pentru că ea nu are echivalent pentru alte contracte administrative sau, în orice caz, pentru cele mai importante dintre ele. De aici, autoritatea competentă dispune de o putere mare de oportunitate și are libera alegere a delegatului, controlul judecătoresc neputând fi decât restrâns, așa cum precizează el însuși, consiliul de Stat neputând „*aprecia oportunitatea alegerii concesionarului făcută de Guvern*”<sup>13</sup>.

Aceasta nu înseamnă că persoana care împuternicește nu are limite, iar oportunitatea nu trebuie confundată cu arbitrarul, după cum vom vedea în continuare (II). De altfel, trebuie să semnalăm fără întârziere că libera alegere poate fi limitată de însuși cel care delega: autoritatea poate alege liber pentru că aceasta dezvăluie exact aprecierea oportunității, de a-și fixa reguli de limitare dacă nu i se opune nici un text de o importanță superioară; dar se înțelege că ea trebuie atunci să-și respecte propriile reguli conform principiului “*Tu patere legem quem fecisti*”, interpretat astfel de consiliul de Stat: „*Principiul liberei alegeri a concesionarului nu este un obstacol pentru ceea ce organizează autoritatea care concesiunează, pentru selectarea*

constitutionnel puisqu’il reconnaît qu’une loi peut y faire exception, mais il ajoute que de telles dispositions législatives, “*qui dérogent au principe de la liberté contractuelle, doivent être interprétées strictement*”, comme toute mesure de même nature. Par la suite cependant, il admet l’application des principes de la commande publique aux délégations de service public<sup>43</sup>.

2- Toutefois, lorsqu’il s’agit de délégation de service public (ou de sa forme la plus éminente, la concession), le libre choix prend une importance essentielle. Il en constitue en effet un élément substantiel et entre ainsi dans sa définition même ; il permet de distinguer la délégation d’autres formes contractuelles : quand on s’interroge sur la nature d’un contrat, l’absence de libre choix interdit qu’il puisse être qualifié de délégation de service public ; les exceptions législatives qui peuvent être formulées à l’égard de ce principe et que l’on vient d’évoquer, sont donc inenvisageables dans le cas de la délégation. On trouve là une originalité tout à fait caractéristique de ces conventions, puisqu’elle n’a pas d’équivalent pour les autres contrats administratifs, ou, en tout cas, pour les plus importants d’entre eux. Dès lors, l’autorité compétente dispose d’un large pouvoir d’opportunité et a le libre choix du délégataire, le contrôle du juge ne pouvant qu’être restreint, ainsi qu’il le précise lui-même, le conseil d’Etat ne pouvant pas “*apprécier l’opportunité du choix du concessionnaire fait par le Gouvernement*”<sup>44</sup>.

Cela ne signifie pas que la personne délégante ne connaisse pas de frein, opportunité ne devant pas être confondue avec arbitraire, comme on le verra par la suite (II). Il faut d’ailleurs signaler sans tarder que le libre choix peut être limité par le délégant lui-même : l’autorité peut choisir librement, car cela relève précisément de son appréciation d’opportunité, de se fixer des règles d’encadrement si aucun texte de portée supérieure ne s’y oppose ; mais il est entendu qu’elle doit alors respecter ses propres règles selon le principe “*Tu patere legem quem*

*cocontractantului său, o procedură ale cărei modalități sunt definite de aceasta, ...în acest caz, așa-numita autoritate trebuie să respecte regulile pe care ea însăși le-a instituit*"<sup>14</sup>.

*B- Recursul la un regim de concurență: ordonanța din 1986.*

Nu numai ca regimul delegării serviciului public este specific dreptului administrativ și se îndepărtează mai ales de cel public, dar pe deasupra el se apropie, cel puțin parțial, de cel aplicabil relațiilor dintre întreprinderile private. Regimul concurenței, așa cum este definit de ordonanța din 1986<sup>15</sup>, nu este de fapt străin de împuternicirea serviciului public, deși câmpul său de aplicare a putut face obiectul ezitărilor și interpretărilor divergente. Menționez din acest moment că, dacă nu evidențiază principiul liberei alegeri a delegatului, el permite organizarea parțială a acestuia.

1- Această dezbatere se dezvoltă în jurul articolului 53 din ordonanța care dispune că aceasta se aplică „*activităților de producție, de distribuție și de servicii, inclusiv celor care aparțin persoanelor publice.*” O posibilă interpretare constă în introducerea în câmpul de aplicație al textului a tuturor operațiunilor legate de delegările serviciului public și mai ales cele privind libera alegere pentru că ele par a fi activități efectuate de persoane publice în sensul textului.

De altfel, această traducere este cea care va căuta, în numele dreptului concurenței, să promoveze curentul liberal, deosebit de puternic la acea vreme în Franța. Ea va fi probabil reținută de curtea de apel din Paris cu ocazia primei decizii pentru a fi adusă la acest punct al ordonanței<sup>16</sup>: de fapt, ea se dovedește a fi competentă, contrar estimărilor consiliului concurenței, pentru a aprecia delegarea serviciului de distribuție a apei potabile care a fost realizat în orașul Pamiers; ea ținește fără îndoială, să indice faptul că astfel de delegări nu se

*fecisti*”, interpreté ainsi par le conseil d’Etat : “*Le principe de libre choix du concessionnaire ne fait pas obstacle à ce que l’autorité concédante organise, pour la sélection de son cocontractant, une procédure dont elle définit les modalités,...dans ce cas, ladite autorité est tenue de respecter les règles qu’elle a elle-même instituées*”<sup>45</sup>.

*B- Le recours à un régime de concurrence : l’ordonnance de 1986.*

Non seulement le régime de la délégation de service public est spécifique en droit administratif et s’éloigne en particulier de celui des marchés publics, mais en outre il se rapproche, au moins en partie, de celui applicable aux relations entre entreprises privées. Le régime de la concurrence, tel qu’il est défini par l’ordonnance de 1986<sup>46</sup>, n’est en effet pas étranger à la délégation de service public, encore que son champ d’application ait pu faire l’objet d’hésitations et d’interprétations divergentes. Indiquons dès maintenant que, s’il ne remet à l’évidence pas en cause le principe du libre choix du délégataire, il permet de l’organiser partiellement.

1- Le débat s’organise autour de l’article 53 de l’ordonnance qui dispose que celle-ci s’applique aux “*activités de production, de distribution et de services, y compris celles qui sont le fait de personnes publiques.*” Une interprétation possible consiste à faire entrer dans le champ d’application du texte toutes les opérations touchant aux délégations de service public, et en particulier celles concernant le libre choix, puisqu’elles semblent être des activités effectuées par des personnes publiques au sens du texte.

C’est d’ailleurs cette traduction que cherchera, au nom du droit de la concurrence, à promouvoir le courant libéral, particulièrement puissant à cette époque en France. C’est elle qui sera probablement retenue par la cour d’appel de Paris à l’occasion du premier arrêt qu’elle sera amenée à rendre sur ce point de l’ordonnance<sup>47</sup>



concretizează în jurul unui regim de drept administrativ care dezvăluie competența judecătorului administrativ, ci în lumina unui regim de ordonanță și, deci, a unui judecător privat.

Această afacere, “Orașul Pamiers” este cea care va permite precizarea câmpului de ordonanță. De fapt, autoritatea administrativă, estimând că curtea de apel i-a reținut greșit competența, va declanșa conflictul, adică va întreba tribunalului de conflicte, care este organul care repartizează competențele între jurisdicțiile judiciare și administrative, care dintre aceste două ordine este competent pentru a aprecia contractul de delegare din orașul Pamiers. Alegerea unuia sau a celuilalt este evident o funcție a dreptului aplicabil: dacă este vorba exclusiv de ordonanță, curtea de apel este efectiv competentă; dacă este vorba de pronunțarea pe ansamblul contractului, care este un contract administrativ, judecătorul este cel care trebuie să se pronunțe asupra lui, mai exact judecătorul administrativ.

În final, această ultimă soluție va fi reținută de tribunalul de conflicte<sup>17</sup>. De fapt, el estimează că operațiunile de organizare a serviciilor publice, mai ales cele legate de transmiterea lor la un antreprenor privat, nu pot fi asimilate unor activități de producție, distribuție și de servicii în sensul ordonanței; pe deasupra, consideră el, libera alegere a delegatului nu atentează la concurenței. Regăsim astfel o soluție relativ clasică ce are ca și consecință reducerea câmpului de aplicare a ordonanței iar consiliul de Stat nu întârzie să găsească o soluție care să meargă formal în aceeași direcție: „*Organizația serviciului public al distribuției apei la care lucrează un consiliu municipal nu este constitutivă*” pentru o activitate vizată de ordonanță<sup>18</sup>.

2- Totuși, reducerea unui câmp de aplicare nu înseamnă eliminarea ei, așa cum am fi putut crede după pronunțarea tribunalului de conflicte. În final, din examinarea textelor și a jurisprudenței, rezultă trei elemente.

: elle s’estime en effet compétente, contrairement à ce qu’avait retenu pour son propre compte le conseil de la concurrence, pour apprécier la délégation du service de distribution d’eau potable qu’avait réalisée la ville de Pamiers ; elle entend sans doute indiquer ainsi que de telles délégations ne s’organisent pas autour d’un régime de droit administratif relevant de la compétence du juge administratif, mais au regard du régime de l’ordonnance et donc du juge privé.

C’est cette affaire “Ville de Pamiers” qui va permettre de préciser le champ de l’ordonnance. En effet, l’autorité administrative, estimant que la cour d’appel a retenu à tort sa compétence, va élever le conflit, c’est-à-dire demander au tribunal des conflits, qui est l’organe répartiteur des compétences entre juridictions judiciaires et administratives, lequel de ces deux ordres est compétent pour apprécier le contrat de délégation de la ville de Pamiers. Le choix entre l’un ou l’autre est à l’évidence fonction du droit applicable : s’il s’agit exclusivement de l’ordonnance, la cour d’appel était effectivement compétente ; s’il s’agit de se prononcer sur l’ensemble du contrat, qui est un contrat administratif, c’est au juge de ce contrat, c’est-à-dire le juge administratif, qu’il revient de se prononcer.

En définitive, cette dernière solution sera retenue par le tribunal des conflits<sup>48</sup>. Il estime en effet que les opérations d’organisation des services publics, notamment celles qui touchent à leur dévolution à un entrepreneur privé, ne peuvent être assimilées à des activités de production, de distribution et de services au sens de l’ordonnance ; en outre, considère-t-il, le libre choix du délégataire ne porte pas atteinte à la concurrence. On retrouve ainsi une solution assez classique qui a pour conséquence de réduire le champ d’application de l’ordonnance et le conseil d’Etat ne tarde pas à prendre une solution allant formellement dans la même direction : “*L’organisation du service public de la distribution de l’eau à laquelle procède un conseil municipal n’est pas*

Întreprinderea care delegă este supusă regimului de ordonanță chiar și atunci când aceasta face să funcționeze serviciul public pentru că ea exercită o „*activitate de producție, de distribuție și de servicii*” în sensul acestui text; în plus, ea se găsește adesea în situația poziției dominante și trebuie să se asigure că nu abuzează de aceasta. Dar asta nu mai e evident în momentul liberei alegeri pentru că aceasta a fost deja îndeplinită și contractul a fost semnat.

Autoritatea care împuternicește intră ea însăși în câmpul de aplicare al ordonanței înainte de a exercita libera alegere. În acest stadiu, este vorba de fapt de o procedură prealabilă în cursul căreia se pot găsi diferite înțelesuri sau, invers, manopere discriminatorii pentru a favoriza sau îndepărta întreprinderile și a deforma astfel regulile liberei concurențe organizate de ordonanță. De altfel, în acest sens statuează curtea de casație atunci când recunoaște competența judiciară pentru a statua asupra cazurilor de acest tip<sup>19</sup>.

Judecătorul administrativ este competent să aprecieze libera alegere propriu-zis pentru că traducerea sa se face sub formă de acte juridice administrative (decizia de a contracta, alegerea modului de gestiune și mai ales alegerea împuternicitorului) care reflectă în același timp organizarea serviciului și orientările de politică economică realizate de autoritatea legitimă. În plus, el apreciază, eventual regularitatea unui astfel de act pe baza ordonanței, pe motiv că are competența de a aplica orice text de drept fără a se opri la distincțiile dintre dreptul privat și dreptul public și fără ca acest comportament al administrației, la momentul liberei alegeri, să poată fi contrar unei dispoziții a ordonanței<sup>20</sup>. Consiliul de Stat dă astfel o interpretare largă deciziei tribunalului de conflicte deoarece acesta părea mai sensibil considerând că a priori alegerea liberă nu aducea atingere principiului concurenței. Este adevărat că legislatorul a intervenit între cele două

*constitutive*” d’une activité visée par l’ordonnance<sup>49</sup>.

2- Réduire un champ d’application toutefois n’est pas le supprimer comme on avait pu le penser après que le tribunal des conflits se soit prononcé. Finalement, de l’examen des textes et de la jurisprudence, il résulte trois éléments.

L’entreprise délégataire est soumise au régime de l’ordonnance même lorsqu’elle fait fonctionner le service public car elle exerce une “*activité de production, de distribution et de services*” au sens de ce texte ; de plus, elle se trouve souvent, de ce fait, en situation de position dominante et il faut s’assurer qu’elle n’en abuse pas. Mais on n’est plus à l’évidence au moment du libre choix puisque celui-ci a déjà été effectué et le contrat signé.

L’autorité délégante entre elle-même dans le champ d’application de l’ordonnance avant d’exercer le libre choix. A ce stade, il s’agit en effet d’une procédure préalable au cours de laquelle peuvent se rencontrer toutes sortes d’ententes ou, à l’inverse, de manœuvres discriminatoires pour favoriser ou écarter des entreprises et ainsi fausser les règles de la libre concurrence organisées par l’ordonnance. C’est d’ailleurs en ce sens que statue la cour de cassation lorsqu’elle reconnaît la compétence judiciaire pour statuer sur des cas de ce type<sup>50</sup>.

Le juge administratif est compétent pour apprécier le libre choix proprement dit parce que sa traduction se fait sous forme d’actes juridiques administratifs (décision de contracter, choix du mode de gestion et surtout choix du délégataire) qui reflètent à la fois l’organisation du service et les orientations de politique économique réalisées par l’autorité légitime. Bien plus, il apprécie éventuellement la régularité d’un tel acte sur le fondement de l’ordonnance, aux motifs qu’il a compétence pour faire application de tout texte de droit sans s’arrêter aux distinctions entre le droit privé et le droit public et que le comportement de l’administration, au moment du libre choix, peut être contraire à une disposition de l’ordonnance<sup>51</sup>. Le conseil d’Etat donne ainsi une interprétation large de la décision du

deicizii și a indicat explicit faptul că articolul 53 din ordonanță își găsește aplicare în privința convențiilor de împuternicire a serviciului public<sup>21</sup> ; deci, pentru a-și păstra cu adevărat controlul asupra ansamblului de procese de alegere a împuternicitorului, mai degrabă decât a-l lăsa pe seama judecătorului judiciar<sup>22</sup>, respectând noua legislație, judecătorul administrativ a fost condus să încline către jurisprudență.

În total, câmpul de aplicare a ordonanței nu este așadar neglijabil; În realitate, competența judecătorului judiciar este restrânsă, dar judecătorul este atunci înlocuit de ordinul jurisdicțional administrativ.

Astfel, principiul liberei alegeri a împuternicitorului este afirmat pe baza unui regim specific care ia în considerare *intuitus personae* caracteristic al acestei categorii de contracte. Dar acest regim de libertate a fost parțial la originea malversațiilor și abuzurilor care au fost denunțate mai ales de curtea de conturi și care au dat naștere unor procese răsunătoare. Acest fenomen a fost remarcat mai ales în convențiile trecute de către colectivitățile locale, întâlnirea acestui regim de libertate cu celălalt regim de libertate care este constituit de către decentralizare s-a dezvoltat a fi explozivă. De asemenea, legislatorul a intervenit pentru a restrânge și pentru a face posibile consecințele, perioada de libertate, mai ales cea locală, neatingându-și apogeul în acest domeniu decât timp de aproximativ zece ani, fie între legea de decentralizare din 2 martie 1982<sup>23</sup> și cea suscitată din 29 ianuarie 1993 referitoare la prevenirea corupției și la transparența vieții economice și procedurilor publicate (legea Sapin). Rezultă de aici modalitățile minuțioase și uneori neadaptate de încadrare.

## **II- Modalități minuțioase și parțial neadaptate de încadrare.**

Aceste modalități reies din legea Sapin (suscitată), chiar dacă ele au fost modificate de mai multe ori, mai ales pentru

tribunal des conflits puisque celui-ci semblait plus frileux en considérant qu'a priori le libre choix ne portait pas atteinte au principe de la concurrence. Il est vrai que le législateur est intervenu entre les deux décisions et a indiqué explicitement que l'article 53 de l'ordonnance trouve application à l'égard des conventions de délégation de service public<sup>52</sup> ; c'est donc en réalité pour conserver son contrôle sur l'ensemble du processus du choix du délégataire, plutôt que de le laisser au juge judiciaire<sup>53</sup> tout en respectant la nouvelle législation, que le juge administratif a été amené à infléchir la jurisprudence.

Au total, le champ d'application de l'ordonnance n'est donc pas négligeable ; c'est en réalité la compétence du juge judiciaire qui est restreinte, mais ce dernier est alors relayé par l'ordre juridictionnel administratif.

Ainsi, le principe du libre choix du délégataire est-il affirmé en raison d'un régime spécifique prenant en compte l'*intuitus personae* caractéristique de cette catégorie de contrats. Mais ce régime de liberté a été en partie à l'origine de malversations et d'abus qui ont été dénoncés en particulier par la cour des comptes et qui ont même donné lieu à quelques procès retentissants. Ce phénomène s'est surtout remarqué dans les conventions passées par les collectivités locales, la rencontre de ce régime de liberté avec cet autre régime de liberté qui est constitué par la décentralisation s'étant révélé explosif. Aussi, le législateur est-il intervenu pour en restreindre autant que faire se peut les conséquences, la période de liberté, en particulier locale, n'ayant atteint son apogée dans ce domaine que pendant dix ans environ, soit entre la loi de décentralisation du 2 mars 1982<sup>54</sup> et celle, précitée, du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques (loi Sapin). Il en est résulté des modalités d'encadrement pointilleuses et parfois inadéquates.

a lua în considerare dreptul Uniunii europene; ele sunt cele care, sprijinindu-se pe fenomenul malversațiilor și abuzurilor și căutând să-l împiedice, au încadrat libertatea de a alege (B). Dar ele își găsesc fundamentul și impulsul în alte surse juridice, uneori contradictorii și din această cauză dificil de conciliat. (A).

#### *A- Sursele impulsului.*

1- Întâlnirea libertății și a decentralizării a fost ocazia unei refaceri totale a împuternicirii, dar ea merită mai mult decât acest rol de pretext pentru că ea constituie și o veritabilă sursă de soluții actuale. Legea decentralizării din 2 martie 1982 suscitată a permis efectiv trecerea unui regim foarte controlat al împuternicirii, sau mai degrabă numai al concesiunii, al serviciului public prin tutela Statului, la un regim de mare autonomie; cât despre Statul însuși sau despre instituțiile sale publice, ele fac obiectul controalelor interne stricte care lasă, teoretic, prea puțin loc riscului, ca și libertății. Astfel, avem pe de o parte un nou regim de mare libertate prost condus și, pe de altă parte, un regim tradițional destul de neplăcut. Așadar, legislatorul se dedică în același timp acestei munci de echilibru și unificare în deceniul următor.

Nu pentru asta s-a găsit echilibrul perfect, îndeosebi între libera alegere și libera concurență; „târgul” este de fapt foarte specific. El se caracterizează, pentru o colectivitate publică dată, printr-un monopol deoarece ea este singura care organizează serviciul public pe teritoriul său. Pe deasupra, întreprinderile susceptibile de a satisface nu sunt o mulțime; cel mai adesea, suntem într-adevăr în situația de oligopol de partea lor. Astfel, este dificil în acest cadru să înființăm o adevărată competiție, atât în momentul elaborării legii, cât și în momentul aplicării sale. De aceea, procedura prevăzută permite colectivității definirea marilor orientări pe care ea vrea să le urmărească și permite întreprinderilor să-și dezvăluie competența și

## **II- Des modalités d’encadrement pointilleuses et partiellement inadaptées.**

Ces modalités relèvent de la loi Sapin (précitée), même si elles ont été modifiées à plusieurs reprises, en particulier pour prendre en compte du droit de l’Union européenne ; ce sont elles qui, s’appuyant sur le phénomène de malversations et d’abus et cherchant à l’endiguer, ont encadré la liberté de choix (B). Mais elles trouvent leur fondement et leur impulsion dans d’autres sources juridiques parfois contradictoires et de ce fait, difficiles à concilier (A).

#### *A- Les sources de l’impulsion.*

1- La rencontre de la liberté et de la décentralisation a été l’occasion d’une refonte du régime de la délégation, mais elle mérite mieux que ce rôle de prétexte car elle constitue également une véritable source des solutions actuelles. La loi de décentralisation du 2 mars 1982 précitée avait en effet permis de passer d’un régime très contrôlé de la délégation, ou plutôt de la seule concession, de service public par la tutelle de l’Etat, à un régime de large autonomie ; quant à l’Etat lui-même ou à ses établissements publics, ils faisaient l’objet de contrôles internes stricts qui laissaient théoriquement peu de place au risque mais aussi à la liberté. On avait ainsi d’un côté un régime nouveau de grande liberté mal maîtrisé et de l’autre un régime traditionnel assez contraignant. C’est donc à la fois à ce travail d’équilibre et d’unification que s’est livré le législateur dans la décennie suivante.

Ce n’est pas pour autant que l’équilibre parfait a été trouvé, notamment entre libre choix et libre concurrence ; le “marché” est en effet très spécifique. Il se caractérise, pour une collectivité publique donnée, par un monopole puisqu’elle est la seule à organiser le service public sur son territoire. En outre les entreprises susceptibles de le satisfaire ne sont pas légion ; on est en réalité le plus souvent en situation d’oligopole

practica. În sfârșit, trebuie să atenuăm considerația precedentă prin luarea în considerare a numărului mare de împuterniciri supuse ofertei, amintindu-și că există în Franța un Stat, douăzeci și două de regiuni, o sută unu departamente și vreo treizeci și șase de mii de comune, fără să punem la socoteală instituțiile publice care depind de aceste colectivități diferite.

În orice stare de cauză, spiritul care se degajă din ansamblul normativ elaborat este în aerul timpului, ceea ce nu îi garantează nici relevanță, nici impertinență; acesta este următorul: este vorba de asigurarea liberei alegeri, respectând concurența, plecând de la ideea că până la urmă una o va înfrânge pe cealaltă pentru că ea permite îndepărtarea în același timp a monopolului și oligopolului care împiedică în mod evident libera alegere. Nu trebuie să gândim că rezultatul obținut este satisfăcător, pentru că organizarea aplicării concurenței limitează neapărat o parte a oportunității de decizie a colectivității publice.

2- Dreptul Uniunii Europene este un alt motiv de modificare a regimului împuternicirii; el nu putea rămâne fără influență asupra acestui domeniu pentru că de la origine, unul dintre obiectivele Tratatului de la Roma, devenit Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene (TFUE) de la intrarea în vigoare a Tratatului de Lisabona, este de a permite aplicarea libertății concurenței care este considerată ca fiind cel mai bun mijloc de a asigura „cele patru libertăți”: libertăți de circulație a muncitorilor (apoi a persoanelor), a bunurilor, a serviciilor și a capitalurilor. Este capitolul I din titlul VI al acestui tratat (articolele 101 și s. TFUE)<sup>24</sup> care este în special consacrat „*regulilor de concurență*”. Pe deasupra, acest text nu face diferența în principiu între activitățile publice și cele private; el consideră pentru toate același principiu de concurență. Totuși, el recunoaște caracterul specific al unora dintre ele pe baza interesului general sub forma „*serviciilor de interes economic general*”, stipulând că cele

de leur côté. Il est ainsi difficile dans ce cadre de mettre en place une véritable compétition, tant au moment de l'élaboration de la loi qu'à celui de sa mise en œuvre. C'est pourquoi la procédure prévue permet à la collectivité de définir les grandes orientations qu'elle entend suivre et aux entreprises de faire ressortir leur savoir-faire et leur pratique. Enfin il faut atténuer la considération précédente par la prise en compte du grand nombre de délégations soumises à l'offre en se rappelant qu'il existe en France un Etat, vingt-deux régions, cent un départements et quelque trente six mille communes, sans compter les établissements publics dépendant de ces différentes collectivités.

En tout état de cause, l'esprit qui se dégage de l'ensemble normatif élaboré est dans l'air du temps, ce qui ne lui garantit, en soi, ni pertinence, ni impertinence; il est le suivant: il s'agit d'assurer le libre choix tout en respectant la concurrence, en partant de l'idée qu'en définitive celle-ci va renforcer celui-là parce qu'elle permet d'écarter à la fois le monopole et l'oligopole qui empêchent à l'évidence le libre choix. Il ne faut pas penser pour autant que le résultat obtenu soit satisfaisant, ne serait-ce que parce que l'organisation de la mise en œuvre de la concurrence limite nécessairement une part de l'opportunité de décision de la collectivité publique.

2- Le droit de l'Union européenne est un autre motif de modification du régime de la délégation; il ne pouvait rester sans influence sur ce domaine puisque dès l'origine l'un des objets du Traité de Rome, devenu Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) depuis l'entrée, vigueur de Traité de Lisbonne, est de permettre la mise en œuvre de la liberté de la concurrence qui est envisagée comme le meilleur moyen d'assurer les “quatre grandes libertés”: libertés de circulation des travailleurs (puis des personnes), des biens, des services et des capitaux. C'est le chapitre I du titre VI de ce traité (articles 101 et s. TFUE)<sup>55</sup> qui est plus particulièrement consacré aux

din urmă se supun „regulilor concurenței, în limitele în care aplicarea acestor reguli nu eșuează la îndeplinirea de drept sau de fapt a misiunii particulare care le-a fost atribuită” (articolul 106 TFUE, ex art 86 TCE sau 90 CEE).

În acest cadru, normele de drept derivat, sub formă de directive, au fost elaborate pentru a lua în considerare în același timp principiul liberei concurențe și a limitelor sale datorate interesului general. Aceste directive nu dispun în principiu de efectul direct din drept intern pentru că ele creează o obligație de rezultat pentru Statul destinatar, „lăsând instanțelor naționale competența cu privire la formă și la mijloace” (articolul 288 TFUE, ex 249 din TCE sau 189 CEE) ; consecința este că ele trebuie transpuse în dreptul intern<sup>25</sup> ; este la fel și norma de transpoziție care produce efectele juridice, dar este adevărat că ea reia adesea textul directivei aproape cuvânt cu cuvânt.

Regimul TFUE și actele derivate pun totuși o dublă dificultate dreptului francez. Prima ține de faptul că logica de apropiere dintre concurență și interes general este diferită radical în cele două ordine juridice: în timp ce dreptul Uniunii afirmă principiul de concurență și admite că este limitat din cauza interesului general, dreptul intern raționează în mod tradițional, punând înainte acest ultim interes, acceptând regulile provenite din concurență dacă ele sunt compatibile cu serviciul public. Desigur, plecând din locuri diferite, ne pute găsi în același punct de sosire, ... inclusiv Roma, dar demersul este adesea complicat și riscant deoarece nu dispunem de o busolă; de câteva ori, a trebuit să căutăm bine pentru a găsi acest instrument.

Cea de-a doua dificultate ține de noțiunea de serviciu public și mai ales de una dintre formele de gestiune, mai precis împuternicirea; de fapt, aici este vorba de specificitatea franceză; în dreptul Uniunii, noțiunea de târg public este mult mai extinsă decât în dreptul francez și este legată de cea

“règles de concurrence”. En outre, ce texte ne distingue pas en principe entre activités publiques et activités privées, pas plus qu’entre activités exercées par des organismes publics ou privés ; il envisage pour tous le même principe de la concurrence. Toutefois, il reconnaît le caractère spécifique de certaines d’entre elles en raison de leur intérêt général sous la forme de “*services d’intérêt économique général*”, en stipulant que ces derniers sont soumis “*aux règles de la concurrence, dans les limites où l’application de ces règles ne fait pas échec à l’accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur a été impartie*” (article 106 TFUE, ex art 86 TCE ou 90 CEE).

C’est dans ce cadre que des normes de droit dérivé, sous la forme de directives, ont été élaborées afin de prendre en compte à la fois le principe de la libre concurrence et ses limites dues à l’intérêt général. Ces directives ne disposent pas en principe de l’effet direct en droit interne car elles créent une obligation de résultat pour l’Etat destinataire, “*tout en laissant aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens*” (article 288 TFUE, ex 249 du TCE ou 189 CEE) ; la conséquence est qu’elles doivent être transposées en droit interne<sup>56</sup> ; ainsi c’est la norme de transposition qui produit les effets juridiques mais il est vrai qu’elle reprend souvent presque mot à mot le texte de la directive..

Le régime du TFUE et des actes dérivés pose toutefois une double difficulté au droit français. La première tient à ce que la logique d’approche entre concurrence et intérêt général est radicalement différente dans les deux ordres juridiques : alors que le droit de l’Union affirme le principe de la concurrence et admet qu’il soit limité pour des raisons d’intérêt général, le droit interne raisonne traditionnellement en mettant en avant ce dernier intérêt, tout en acceptant des règles issues de la concurrence si elles sont compatibles avec le service public. Certes, en partant de lieux différents, on peut se trouver au même point d’arrivée, ... y compris à Rome,

de împuternicire a serviciului public. Din această cauză, de la elaborarea directivelor, Franța adesea se descurcă prost la luarea în considerare de către „legislatorul” european a propriei sale logici. Acesta, ca și alte State sau ca și Comisia, are tendința de a nu face distincția între târgurile publice și împuternicirile serviciului public; în plus, Franța a putut să-și recunoască particularismul prin formule sibiline care depind de interpretarea judecătorului și de faptul că Comisia le înțelegea pe toate ca fiind oricum provizorii. Dar în niciun caz, nu există niciun regim „unionist” propriu împuternicirilor. Însă există acolo o distincție fundamentală în dreptul francez care se traduce, în principal, în subiectul care ne interesează: în tradiția noastră juridică, nu există principiul liberei alegeri a cocontractantului târgului public în timp ce acesta, nu numai că se regăsește în împuternicire, dar constituie chiar și un element fundament și, prin aceasta, distinctiv.

În ciuda inspirațiilor lor diferite, dreptul intern și dreptul Uniunii sunt conjugate astfel pentru organizarea liberei alegeri prin luarea în considerare a principiilor unei economii de piață. De fapt, ele au dus la crearea unui regim care fixează obligațiile de publicitate și de punere în concurență.

*B- O liberă alegere supusă publicității și concurenței.*

Chiar dacă este încadrată, libera alegere este reală. Vocația ei este de a răspunde la un număr mare de preocupări care reies din calitățile pe care trebuie să le aibă: a permite cea mai bună alegere, prin sinonimie presupusă, datorită concurenței, prin asigurarea calității și controlului la toate stadiile de procedură și prin toate interesele, cu scopul de a evita riscurile de corupție și de înțelegere. Pentru asta, trebuie să răspundă unor condiții de formă și de fond.

1- Procedura stabilește două reguli

mais la démarche est souvent compliquée et hasardeuse pour peu que l'on ne dispose pas de boussole ; il a fallu quelquefois bien chercher pour retrouver cet instrument.

La deuxième difficulté tient à la notion de service public et surtout à l'une de ses formes de gestion qu'est précisément la délégation ; il s'agit là en effet de spécificités françaises ; en droit de l'Union, la notion de marché public est beaucoup plus extensive qu'en droit français et est liée à celle de délégation de service public. De ce fait, lors de l'élaboration des directives, la France a souvent eu du mal à faire prendre en compte par le “législateur” européen sa propre logique. Celui-ci, comme les autres Etats ou la Commission, a tendance à ne pas distinguer entre marchés publics et délégations de service public ; tout au plus la France a-t-elle pu faire reconnaître son particularisme par des formules sibyllines qui dépendent de l'interprétation du juge et que la Commission comprend de toute façon comme provisoires. Mais en aucun cas, il n'existe de régime “unioniste” propre aux délégations. Or il y a là une distinction fondamentale en droit français, qui se traduit, pour sa part essentielle, dans le sujet qui nous intéresse : dans notre tradition juridique, il n'existe pas de principe de libre choix du cocontractant du marché public alors que celui-ci, non seulement se rencontre dans la délégation, mais en constitue même un élément fondamental et, par là même, distinctif.

Malgré leurs inspirations différentes, droit interne et droit de l'Union se sont ainsi conjugués pour organiser le libre choix par la prise en compte des principes d'une économie de marché. Ils ont en effet amené à créer un régime fixant des obligations de publicité et de mise en concurrence.

*B- Un libre choix soumis à publicité et mise en concurrence.*

Même s'il est encadré, le libre choix est réel. Il a pour vocation de répondre à un certain nombre de préoccupations qui se

principale. Ea este fixată prin legea *Sapin* mai sus menționată; ea este valabilă pentru toate împuternicirile, dar au fost stabilite dispoziții specifice și de constrângere pentru colectivitățile locale (articolul 38 și următoarele). Ele sunt reluate în Codul General al Colectivităților Teritoriale (CGCT art. L. 1411-1 la L. 1411-18); intenția legislatorului de a face din aceasta, într-un mod privilegiat, un instrument de control al colectivităților descentralizate este într-un mod clar semnalată, chiar dreptul la libera opțiune nu este pierdut din vedere. De altfel, a existat o ezitare privind oportunitatea acestor verificări deoarece, între 1992 și 1995, legislatorul a ezitat între menținerea controlului sau renunțarea la acesta, dar se pare că un echilibru va fi găsit în viitor. Cu toate acestea, pentru a asigura o concurență efectivă, delegatarul trebuie să facă publicitate proiectului său.

Orice ar fi, pentru a asigura o adevărată concurență, cel care împuternicește trebuie să facă suficientă publicitate proiectului său: principala formă de publicitate este constituită prin publicarea părerilor în jurnalele specializate (măcar în Buletinul oficial de anunțuri al piețelor publice, ba chiar și în Buletinul oficial european al piețelor publice) sau jurnalele abilitate, și care să apară în locul de care este interesată delegația. Anunțul poate fi sumar; nu este obligatoriu să conțină structura proiectului, dar trebuie să semnaleze cel puțin caracteristicile sale principale: obiectul serviciului, natura bunului eventual pus la dispoziția delegatarului și forma juridică.

Odată ce informația este dată, candidatul își exprimă dorința prin completarea unui dosar ceea ce reiese mai întâi din declarația de intenție. În acest sens, procedura este deschisă, dar acest lucru nu înseamnă că toate candidaturile vor fi examinate până la alegerea împuternicitului (delegatarului). De fapt, persoana publică selectează printre propuneri pe cele care i se par cele mai interesante și stabilește o listă de

déclinent à partir de qualités qu'il doit revêtir : permettre le meilleur choix c'est-à-dire, par synonymie présumée, grâce à la concurrence, tout en assurant sa clarté et son contrôle à tous les stades de la procédure et par tous les intéressés afin d'éviter les risques de corruption et d'entente. Pour cela, il doit répondre à des conditions de forme et de fond.

1- La procédure établit deux règles principales. Elle est fixée par la loi *Sapin* précitée ; elle vaut pour toutes les délégations, mais des dispositions spécifiques et plus contraignantes ont été établies pour les collectivités locales (articles 38 et suivants). Elles sont reprises dans le Code Général des Collectivités Territoriales (CGCT art. L. 1411-1 à L. 1411-18) ; l'intention du législateur d'en faire de façon privilégiée un instrument de contrôle des collectivités décentralisées est donc clairement signifiée, même si l'objectif du droit au libre choix n'est pas perdu de vue. Il y a eu hésitation d'ailleurs sur l'opportunité de ces vérifications puisqu'entre 1992 et 1995, le législateur a effectué plusieurs aller et retour entre resserrement et desserrement du contrôle, mais un équilibre semble désormais trouvé.

Quoiqu'il en soit, afin d'assurer une véritable concurrence, le délégant doit donner une publicité suffisante à son projet : la principale forme est constituée par des avis publiés dans les journaux spécialisés (au minimum, le Bulletin Officiel d'Annonces des Marchés Publics, voire le Bulletin Officiel Européen des Marchés Publics) ou habilités et paraissant sur le lieu concerné par la délégation. L'annonce peut être sommaire ; il n'est pas obligatoire qu'elle contienne l'ensemble du projet, mais elle doit au moins signaler ses caractéristiques principales : objet du service, nature du bien éventuellement mis à la disposition du délégataire, forme juridique envisagée.

Une fois l'information donnée, candidate qui le désire, en remplissant un dossier qui relève d'abord de la déclaration d'intention. En ce sens, la procédure est donc largement ouverte, mais ce n'est pas pour autant que toutes les candidatures vont être



candidați autorizați care să prezinte ofertele în baza garanțiilor pe care ei le oferă: capacitate tehnică, putere financiară, reputația întreprinderii dobândită mai ales prin realizarea unor împrumuturi asemănătoare, situația referitoare la sistemele fiscale și sociale, etc<sup>26</sup>. Pentru a asigura cea mai bună transparență și cea mai bună obiectivitate posibilă, examinarea este efectuată de o comisie de împrumuturi a serviciului public (compusă din reprezentanții utilizatorilor) care își spune părerea. Concretizarea preferinței se face trimițând postulanților un document complet care le oferă indicațiile necesare privind serviciul pe care trebuie să-l asigure; selecția împrumutului se face după primirea răspunsurilor lor, care trebuie să vină în general într-un termen de 5-6 săptămâni.

Atunci când o colectivitate locală nu e prezentă, alegerea este efectuată de adunarea deliberantă, după o nouă examinare făcută de comisie, și nu de către președintele acesteia. În practică, criteriul reținut este al celui care oferă cel mai mare preț sau mai degrabă al celor care oferă cele mai mari prețuri pentru că nimic nu obligă la conservarea unui singur candidat în acest stadiu al procedurii; aceasta este numai o propunere pe care comisia i-o face președintelui adunării. De altfel, acesta poate să renunțe la propunere atunci când s-a ales o singură întreprindere; totuși, el trebuie să fie în măsură de a explica adunării dar și judecătorului decizia sa, în caz de recurs. Atunci, organul care deliberază alege ... bineînțeles, putând să nu rețină nicio propunere dacă nu este prezentată ca una care i s-ar părea satisfăcătoare. Dacă s-a făcut o alegere, atunci președintelui colectivității nu-i mai rămâne decât să semneze o convenție, apoi să o transmită reprezentantului Statului pentru ca ea să poată intra în vigoare. Astfel, delegatarul negociază liber, dar ținându-se cont de documentul furnizat și de propunerile făcute; el este informat în acest sens fără opreliști.

Libera alegere este astfel socotită

examinées jusqu'au choix du délégataire. En effet, la personne publique sélectionne parmi les propositions, celles qui lui paraissent les plus intéressantes et établit une liste de candidats autorisés à présenter des offres sur la base des garanties qu'ils fournissent : capacité technique, surface financière, réputation de l'entreprise acquise notamment lors de la réalisation de délégations semblables, situation au regard des régimes fiscaux et sociaux, etc<sup>57</sup>. Afin d'assurer la meilleure transparence et la meilleure objectivité possibles, l'examen est effectué par une commission de délégation de service public (composée de représentants des usagers) qui donne son avis. La concrétisation de la préférence se fait en envoyant aux postulants un document complet qui leur procure les indications nécessaires sur le service à assurer ; c'est à partir de leurs réponses, qui doivent généralement parvenir dans un délai de 5 à 6 semaines, que la sélection du délégataire est effectuée

Lorsqu'une collectivité locale est partie à l'affaire, le choix est effectué par l'assemblée délibérante, après un nouvel examen par la commission, et non par le président de celle-ci. En pratique, le critère retenu est celui du mieux-disant ou plutôt des mieux-disants car rien n'oblige à ne conserver qu'un seul candidat à ce stade de la procédure ; c'est seulement une proposition que fait la commission au président de l'assemblée. Celui-ci peut d'ailleurs s'en écarter lorsqu'une seule entreprise a été choisie ; il doit cependant être en mesure de s'en expliquer aussi bien devant l'assemblée qui décide, que devant le juge si un concurrent évincé dépose un recours. L'organe délibérant fait alors son choix ... y compris en ne retenant aucune proposition s'il ne s'en présente pas une qui lui paraisse satisfaisante. Si un choix a été arrêté, ne reste plus au président de la collectivité qu'à signer la convention puis à la transmettre au représentant de l'Etat pour qu'elle puisse entrer en vigueur. C'est de cette manière que le délégant négocie librement, mais à partir du document fourni et des propositions faites ; c'est en ce sens qu'il est informé sans être

drept satisfăcută din punct de vedere formal. Dar ea este încă controlată, în special de judecătorul care, la cererea unui candidat eliminat sau chiar a oricărei persoane interesate, se poate asigura că regulile care guvernează subiectul au fost respectate. Din nou, este vorba despre încadrare.

Încadrare pentru că există, de exemplu, o procedură recentă, numită „hotărâre precontractuală”, (articolele L. 22 și L. 23 din Codul tribunalelor administrative și al curților administrative de apel); care îl autorizează pe președintele tribunalului administrativ să suspende acțiunea de încheiere a contractului de împuternicire în termene foarte scurte (în principiu, douăzeci de zile) dacă regulile de publicitate și cele ale concurenței care se regăsesc în dreptul european nu au fost respectate.

Încadrare, pe de altă parte, în afara acestei posibilități de urgență, pentru că procedurile clasice de contestare a corectitudinii contractului sau a actelor unilaterale care îl însoțesc sunt la dispoziția solicitanților. În acest cadru, judecătorul anulează convenția sau decizia care ar fi fost elaborată în contravenție cu regulile pe care tocmai le-am expus. În plus, trebuie să asigure controlul asupra unei eventuale violări a dispozițiilor directivelor comunitare care nu ar fi fost transpuse în dreptul național, pe nedrept; astfel, el anulează decizia unei comunități urbane (Lyon) de a nu fi aplicat obligațiile în materie de publicitate din momentul concesiunii și exploatării bulevardului periferic din Lyon (tronçon Nord)<sup>27</sup>. De aceea, este bine să respectăm în același timp procedura internă cât și pe cea europeană; de fapt, nu am ști să exonerăm absența respectării uneia, invocând respectarea celeilalte. Există incontestabil, constrângeri multiple și grele pe care ar trebui să încercăm să le reducem, de exemplu, căutând o armonizare mai bună între cele două ordine juridice.

Vorbim tot de încadrare pentru că judecătorul se asigură că alegerea împuternicitului reprezintă exprimarea

tenu.

Le libre choix est ainsi formellement réputé satisfait. Mais il est encore contrôlé, en particulier par le juge qui, à la demande d'un candidat évincé ou même de tout intéressé, peut s'assurer que les règles gouvernant le sujet ont été respectées. C'est à nouveau d'encadrement qu'il s'agit.

Encadrement parce qu'il existe par exemple une procédure récente, dite de “référé pré-contractuel”, (articles L. 22 et L. 23 du Code des Tribunaux administratifs et des Cours administratives d'appel); celle-ci autorise le président du tribunal administratif à suspendre l'action de passation du contrat de délégation dans des délais très brefs (en principe vingt jours) si les règles de publicité et de mise en concurrence issues du droit de l'Union n'ont pas été respectées.

Encadrement par ailleurs, en dehors de cette possibilité d'urgence, parce que des procédures classiques de contestation de la régularité du contrat ou des actes unilatéraux l'accompagnant sont à la disposition des requérants. Dans ce cadre, le juge annule la convention ou la décision qui aurait été élaborée en contravention avec les règles que l'on vient d'exposer. Bien plus, il fait aussi porter son contrôle sur l'éventuelle violation de dispositions issues de directives communautaires qui n'auraient pas, à tort, été transposées en droit national; ainsi, annule-t-il la décision d'une communauté urbaine (Lyon) pour ne pas avoir fait application des obligations en matière de publicité lors de la concession et de l'exploitation du boulevard périphérique de Lyon (tronçon Nord)<sup>58</sup>. De ce fait, il est de bonne prudence de respecter à la fois les procédures interne et européenne; on ne saurait en effet s'exonérer de l'absence de respect de l'une en invoquant la conformation à l'autre. Ce sont là incontestablement des contraintes multiples et lourdes qu'il serait de bon ton d'essayer d'alléger, par exemple en recherchant une meilleure harmonisation entre les deux ordres juridiques.

Encadrement encore parce que le juge s'assure que le choix du délégataire est bien

libertății persoanei publice, și nu a arbitrarului său. Astfel, el nu ezită să cenzureze o deturnare de putere sau să verifice dacă delegatarul a urmat criteriile fixate de el însuși<sup>28</sup>.

2- Respectarea regulilor de fond condiționează în mod egal regularitatea operațiunii. Acestea sunt totuși mult mai puțin constrângătoare decât cele de procedură; oportunitatea și libertatea pot fi aplicate atâta timp cât suntem asigurați, prin respectarea regulilor de formă, că aceste două calități vor produce cele mai bune efecte fără riscuri. Deci, ele nu sunt foarte numeroase și din acest motiv, le putem examina rapid. Ca și cele precedente, ele sunt consacrate necesității de a asigura libera alegere datorită publicității și concurenței.

Astfel, discuția dintre persoana publică și candidat rezultă efectiv dintr-o competiție, dar lasă loc unei negocieri orientate: prima se bazează pe criteriile de alegere pe care le-a fixat și, așadar, nu poate renunța la negociere pe motiv că exigențele foarte diferite de cele care au fost prezentate inițial nu sunt îndeplinite; cea de-a doua folosește oferta pe care a propus-o ca bază a discuției și, așadar, nu poate cere condiții substanțial discordante. Din acest punct de vedere, suntem destul de departe de regulile care guvernează apelul ofertelor în materie de piețe publice unde, cele două părți sunt mai mult legate de propunerile lor inițiale și putem ajunge la un contract care nu are de-a face cu negocierile propuse la început<sup>29</sup>; este manifestarea preeminenței *intuitus personae* în împuternicire.

Toate împuternicirile sunt în principiu supuse acestui regim, oricare ar fi obiectul lor. Există excepții, dar acestea sunt rare. Principala excepție se referă la dimensiunea împuternicirilor; de fapt, cele mai mici scapă de constrângeri, chiar și reduse cu privire la piețe: atunci când suma totală a unui contract este sub 106.000 euro pe toată durata sa (sau 68.000 euro anual pe o perioadă de 3 ani) procedura este diminuată<sup>30</sup>. O altă excepție, de sine

l'expression de la liberté de la personne publique et non de son arbitraire. Ainsi, il n'hésite pas à censurer un détournement de pouvoir ou à vérifier que le délégant a suivi les critères qu'il a lui-même fixés<sup>59</sup>.

2- Le respect de règles de fond conditionne également la régularité de l'opération. Celles-ci sont toutefois beaucoup moins contraignantes que celles de procédure ; l'opportunité et la liberté peuvent d'autant plus être mises en œuvre que l'on est assuré, par le respect des règles de forme, que ces deux qualités seront à même de produire leurs meilleurs effets sans risque. Elles sont donc peu nombreuses et de ce fait, on peut les examiner rapidement. Comme les précédentes, elles sont ordonnées autour de la nécessité d'assurer le libre choix grâce à la publicité et à la mise en concurrence.

C'est ainsi que la discussion entre la personne publique et le candidat résulte effectivement d'une compétition mais donne lieu à une négociation orientée : la première s'appuie sur les critères de choix qu'elle avait fixés et ne peut donc rompre la négociation au motif que des exigences profondément différentes de celles qui avaient été présentées initialement ne sont pas remplies ; le second utilise l'offre qu'il a proposée comme base de discussion et ne peut donc demander des conditions substantiellement discordantes. On est de ce fait assez loin des règles qui gouvernent l'appel d'offres en matière de marchés publics où les deux parties sont davantage liées par leurs propositions initiales et on peut aboutir en définitive à un contrat relativement éloigné du point de départ des négociations<sup>60</sup> ; c'est la manifestation de la prééminence de l'*intuitus personae* dans la délégation.

Toutes les délégations sont en principe soumises à ce régime, quel que soit leur objet. Il existe des exceptions, mais elles sont plutôt rares. La principale d'entre elles concerne la taille des délégations ; en effet les plus petites échappent aux contraintes, même réduites par rapport aux marchés : lorsque le montant du contrat est inférieur à 106.000

stătătoare, este prevăzută atunci când serviciul dispune de un monopol legal<sup>31</sup>; de exemplu, este cazul serviciului public de producție și de distribuție a electricității cu EDF.

euros pour toute sa durée (ou 68.000 euros annuel pour une période de 3 ans) la procédure est allégée<sup>61</sup>. Une autre exception, mais elle va de soi, est prévue lorsque le service dispose d'un monopole légal<sup>62</sup>; c'était par exemple le cas du service public de production et de distribution de l'électricité avec EDF.

Tehnică veche prin manifestare sa principală, concesiunea, dar regim recent, dreptul împuternicirii serviciului public a fost, până la sfârșitul secolului precedent, în plină evoluție. Acest lucru este valabil mai ales pentru regulile care guvernează alegerea împuternicitului, chiar dacă ele par a fi stabilizate în prezent. Această dublă mișcare se datorează dificultăților inerente domeniului: cum să satisfacem în același timp interesul general și profitul privat? Cum să permitem cea mai bună alegere prin concurență, considerată fără reflecție ca și o presupusă încontestabilă, evitând înțelegerea sau corupția? În sfârșit, cum să conciliem, cu toate aceste constrângeri, libertatea persoanei publice care decide, mai ales când ea provine dintr-o colectivitate locală? În același timp, ne bazăm pe tradiția națională, pe exemple străine și luând în considerare disfuncțiile pe care legislatorul le-a stabilit în acest regim care tinde către imposibil, adică către rezolvarea cvadraturii cercului: stabilirea unei libere alegeri, însă prin încadrare. Un astfel de sistem nu se poate baza decât pe un echilibru fragil. Acesta ar fi el atins; oare va putea fi el conservat pentru un timp mai îndelungat?

Technique ancienne par sa principale manifestation, la concession, mais régime récent, le droit de la délégation du service public a été, jusqu'à la fin du siècle précédent, en pleine évolution. Cela vaut particulièrement pour les règles gouvernant le choix du délégataire, même si elles paraissent à présent stabilisées. Ce double mouvement tient aux difficultés inhérentes au domaine: comment satisfaire à la fois l'intérêt général et le profit privé? Comment permettre le meilleur choix par la concurrence, donnée considérée sans plus de réflexion comme présumé irréfragable, tout en évitant l'entente ou la corruption? Comment enfin concilier la liberté du décideur public, notamment lorsqu'il relève d'une collectivité locale, avec toutes ces contraintes? C'est à la fois en s'appuyant sur la tradition nationale, des exemples étrangers et la prise en compte des dysfonctionnements que le législateur a établi ce régime qui tend à l'impossible, c'est-à-dire à résoudre la quadrature du cercle: établir un libre choix tout en l'encadrant. Un tel système ne peut reposer que sur un équilibre fragile. Celui-ci serait-il atteint; pourra-t-il être conservé longtemps?

---

<sup>1</sup> Să ne amintim că legea, reluând o determinare jurisprudențială (C.E. 15 aprilie 1996, Prefectul din Bouches-du-Rhône, AJDA 1996 p. 806, cron D. Chauvaux și T.X. Girardot), definește delegarea serviciului public ca fiind „un contract prin care o persoană juridică de drept public încredințează gestiunea unui serviciu public pentru care ea este responsabilă unui împuternicit public sau privat a cărui remunerație este legată în mod substanțial de rezultatele exploatării serviciului.” (Legea nr. 2001-1168 din 11 decembrie 2001 aducând măsuri urgente de reforme cu caracter economic și financiar, art. 3, J.O.R.F. 12 decembrie 2001, p. 19703; Codul general de Colectivități teritoriale, art L. 1411-1).

Criteriul „remunerăției substanțiale” a delegatului prin activitatea de serviciu permite distingerea delegației serviciului public din piața publică, așa cum o confirmă și lectura deciziei Curții de justiție a Comunităților europene (C.J.C.E. 13 octombrie 2005, C-458/03, Parking Brixen, punctul 40 : „*Remunerația celui care prestează serviciul nu provine de la autoritatea publică în cauză, ci de la sumele totale plătite de terți pentru uzul parcurii în cauză. Acest mod de remunerare implică faptul ca cel care prestează să își asume responsabilitatea pentru riscul de exploatare al serviciilor în cauză și să caracterizeze astfel o concesiune* (care este principala formă de delegare) a serviciilor publice. Din acel moment, într-o situație ca cea în cauză, nu este vorba de o piață publică de servicii, ci de o concesiune a serviciilor publice.” <http://curia.europa.eu>

Privind această noțiune, vezi mai ales David Soldini, Delegarea serviciului public, funcția sa, criteriile sale 2010, p. 1114.

<sup>2</sup> Administrarea unor asemenea contracte a fost afirmată timpuriu de consiliul de Stat (C.E. 31 iulie 1912, Societatea graniturilor porfiroide din Vosges, R. p. 909, concl. Blum) și confirmată, după o perioadă de îndoială, de o altă decizie a aceleiași curți (C.E. 20 aprilie 1956, Soji Bertin, R. p. 167).

<sup>3</sup> Consiliul constituțional afirmă, de exemplu (Decizia 99-419DC din 9 noiembrie 1999 adusă cu privire la PACS – Pactul civil de solidaritate -, J.O.R.F. 16 noiembrie 1999 p.16962) că PACS fiind un contract, regulile de drept civil sunt menite să fie aplicate. Ceea ce este valabil pentru această convenție, este valabil pentru toate contractele, fie ele administrative sau atribuite persoanelor publice.

<sup>4</sup> Trebuie să precizăm totuși că, dacă colectivitatea este obligată să recurgă la concurență atunci când decide să împuternicească gestiunea serviciului, ea este liberă să facă o alegere de gestiune diferită de împuternicire (regie, instituție publică ...) și în acest caz, concurența nu se mai poate aplica: C.E. 6 aprilie 2007, Comuna Aix-en-Provence, R.F.D.A. 2007 p. 812, n. Douence.

<sup>5</sup> Ca exemplu, serviciile publice ca distribuția apei, gestiunea autostrăzilor, transporturile publice locale, teatrele și cazinourile sunt adesea administrate prin mijlocul împuternicirilor.

<sup>6</sup> Legea nr. 93-122 din 29 ianuarie 1993, referitoare la prevenirea corupției și la transparența vieții economice și a procedurilor publice, J.O.R.F. 30 ianuarie 1993 p.1588 ; modificată de legea nr. 99-586 din 12 iulie 1999, referitoare la consolidarea și simplificarea cooperării intercomunale, J.O.R.F. 13 iulie 1999 p. 10361.

<sup>7</sup> C.E. 14 martie 2003 Societatea Air Lib, A.J.D.A. 2003 p. 1052, n. Dreyfus.

<sup>8</sup> Cons. Cons. 3 august 1994, nr. 94-348-DC (legea relativă referitoare la protecția socială complementară a salariaților), J.O.R.F. 6 august 1994 p. 11482.

<sup>9</sup> Cons. Cons. 20 martie 1997, nr. 97-388-DC (legea care creează planurile de economie pentru pensie), J.O.R.F. 26 martie 1997 p. 4661.

<sup>10</sup> Cons. Cons. 26 iunie 2003, nr. 2003-473-DC (legea care abilitază guvernul pentru simplificarea dreptului), J.O.R.F. 3 iulie 2003 p. 11205, R. p. 382.

<sup>11</sup> C.E. 28 ianuarie 1998 Sté Borg Warner, A.J.D.A. 1998 p. 287 : este vorba de a aprecia dacă este posibil, prin acord, să se renunțe la o acțiune în responsabilitate, fapt care era prevăzut într-o convenție de închidere a instalațiilor geotermice, dar mergea la întâlnirea articolului L. 2131-10 din Codul General al Colectivităților Teritoriale.

<sup>12</sup> C.E. 23 decembrie 2009, nr. 328827, Clădirea publică a muzeului și domeniului Versailles, Contracte – târguri publice 2010, comm. 83 ; Ph Rees și X Mouriesse, Criteriile de judecată a ofertelor în delegările serviciului public, aceeași revistă 2010, partea 2

<sup>13</sup> C.E. Ass. 16 aprilie 1986 Cie din Luxembourg a teledifuziunii, R.D.P. 1986 p.847, concl. Dutheillet de Lamothé.

<sup>14</sup> C.E. 10 octombrie 1994 Orașul Toulouse, R. Tables, p.1105.

<sup>15</sup> Ordonanța nr. 86- 1243 din 1 decembrie 1986, referitoare la libertatea prețurilor și a concurenței, J.O.R.F. 9 decembrie 1986 p. 14773. Știm că în dreptul francez, o ordonanță este un text de origine guvernamentală care este preluat de autoritatea parlamentară și dobândește valoare legislativă după ratificarea de către Parlament (articolul 38 din Constituție).

<sup>16</sup> C.A. Paris 30 iunie 1988, A.J.D.A. 1988 p. 744, n. Bazex.

<sup>17</sup> T.C. 6 iunie 1989 Societatea de exploatare și distribuție a apei, R.F.D.A. 1989 p. 457, concl. Stirn.

<sup>18</sup> C.E. 23 iulie 1993 Compania generală a apelor, R. p. 225.

<sup>19</sup> Cass. Com. 6 octombrie 1992, Bull. Cass. IV, nr. 404, p.206 ; este vorba de o afacere de târguri de munci publice, dar soluția se poate transpune împuternicirilor serviciului public.

<sup>20</sup> 3 hotărâri din aceeași zi: C.E. 3 noiembrie 1997 Sté Yonne funerar, Sté Intermarbre și Sté Million și Marais, R.F.D.A. 1997 p. 1228, concl. Stahl.

<sup>21</sup> Legea nr. 95-127 din 8 februarie 1995, referitoare la târgurile publice și împuternicirile serviciului public, J.O.R.F. 9 februarie 1995 p. 2186. Articolul 6 din această lege adaugă de fapt la articolul 53 din ordonanța care

dispune că regulile concurenței se aplică pe viitor „*tuturor activităților de producție, distribuție și de servicii, inclusiv cele care aparțin persoanelor publice, îndeosebi în cadrul convențiilor de împuterniciri ale serviciului public* (subliniat de noi) ”.

<sup>22</sup> Nu ar trebui să ne imaginăm ...concurență între cele două ordini de jurisdicție în această privință pentru că curtea de casație, chiar înainte de votul legii, îl invitase pe judecătorul administrativ să-și exercite acest control: Cass. com. 14 decembrie 1993 Sté Guy Caouach Plascoa, D. 1994 I.R. p. 15 : în caz de atribuire a unui contract la un concurent, „*decizia administrativă dezvăluie competența administrativă*”.

<sup>23</sup> Legea nr. 82- 213 din 2 martie 1982, referitoare la drepturile și libertățile comunelor, departamentelor și regiunilor, J.O.R.F. 3 martie 1982 p. 730 (rectificând J.O.R.F. 6 martie 1982 p. 779).

<sup>24</sup> Așa cum rezultă din modificările aduse de Tratatul de la Lisabona din 13 decembrie 2007 (ex art 81 și s. TCE în redactarea Tratatului de la Amsterdam) ; mai înainte (Tratatul de la Roma în redactarea sa originală), era vorba de titlul V, capitolul I, articolele 85 și s CEE.

<sup>25</sup> Printre cele mai importante directive care guvernează materia, putem reliefa următoarele:

- Directiva 89/440/CEE din Consiliu, 18 iulie 1989, modificând directiva 71/305/CEE aducând coordonarea procedurilor de încheiere a târgurilor publice de munci, J.O.C.E. 21 iulie 1989, nr. L.210 p. 1.

- Directiva 90/547/CEE din Consiliu, 29 octombrie 1990, referitoare la tranzitul electricității asupra marilor rețele, J.O.C.E. 13 noiembrie 1990, nr. L.313 p. 30.

- Directiva 92/50/CEE din Consiliu, 18 ianuarie 1992, aducând coordonarea procedurilor de încheiere a târgurilor publice de servicii, J.O.C.E. 24 iulie 1992, nr. L.209 p. 1.

- Directiva 93/36/CEE din Consiliu, 14 iunie 1993, aducând coordonarea procedurilor de încheiere a târgurilor publice de mobilă, J.O.C.E. 9 august 1993, nr. L.199 p.1.

- Directiva 2004/18/CE din Parlamentul European și din Consiliu, 31 martie 2004, referitoare la coordonarea procedurilor de încheiere a târgurilor publice de munci, de mobilă și de servicii, J.O.U.E. 30 aprilie 2004, nr. L.134 p. 114.

<sup>26</sup> C.E. 14 martie 2003 Societatea Air Lib suscitată.

<sup>27</sup> C.E. Ass. 6 februarie 1998 Tête, R. p. 30, concl. Savoie.

<sup>28</sup> C.E. 21 septembrie 1992 Comuna Bagnols-sur-Cèze, R. p. 1105.

<sup>29</sup> Pentru un bun exemplu al facultății de a ieși din schema de plecare și din controlul efectuat de judecător în această privință, vezi: C.E. 13 martie 1996 Sindicatul intercomunal pentru revalorizarea deșeurilor din sectorul Cannes-Grasse R. p. 488.

<sup>30</sup> Articolul 5 din legea din 8 februarie 1995 suscitată și ord nr. 2000-916 din 19 septembrie 2000 aducând adaptarea valorii în euro a anumitor sume exprimate în franci în textele legislative, J.O.R.F. 22 septembrie 2000 p. 14877.

<sup>31</sup> Articolul 45 din legea din 29 ianuarie 1993 suscitată.

<sup>32</sup> Rappelons que la loi, reprenant une détermination jurisprudentielle (C.E. 15 avril 1996, Préfet des Bouches-du-Rhône, AJDA 1996 p. 806, chron D. Chauvaux et T.X. Girardot), définit la délégation de service public comme “*un contrat par lequel une personne morale de droit public confie la gestion d’un service public dont elle a la responsabilité à un délégataire public ou privé, dont la rémunération est substantiellement liée aux résultats de l’exploitation du service.*” (Loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier, art. 3, J.O.R.F. 12 décembre 2001, p. 19703 ; Code général des Collectivités territoriales, art L. 1411-1).

Le critère de la “rémunération substantielle” du délégataire par l’activité de service permet de distinguer la délégation de service public du marché public, ainsi que le confirme la lecture de l’arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes (C.J.C.E. 13 octobre 2005, C-458/03, Parking Brixen, point 40 : “*La rémunération du prestataire de service provient non pas de l’autorité publique concernée, mais des montants versés par les tiers pour l’usage du parking concerné. Ce mode de rémunération implique que le prestataire prend en charge le risque d’exploitation des services en question et caractérise ainsi une concession* (qui est la forme principale de délégation) *de services publics. Dès lors, dans une situation telle que celle au principal, il s’agit non pas d’un marché public de services, mais d’une concession de services publics.*” <http://curia.europa.eu>

Sur la notion, voir notamment David Soldini, La délégation de service public, sa fonction, ses critères RFDA 2010, p. 1114.

<sup>33</sup> L’administrativité de tels contrats a été affirmée très tôt par le conseil d’Etat (C.E. 31 juillet 1912, Société des granits porphyroïdes des Vosges, R. p. 909, concl. Blum) et confirmée, après une période de doute, par un autre arrêt de la même instance (C.E. 20 avril 1956, Epoux Bertin, R. p.167).

<sup>34</sup> Le conseil constitutionnel affirme par exemple (Décision 99-419DC du 9 novembre 1999 rendue à propos du PACS - Pacte civil de solidarité-, J.O.R.F. 16 novembre 1999 p.16962) que le PACS étant un contrat, les règles

du droit civil ont vocation à s'appliquer. Ce qui vaut pour cette convention vaut pour tous les contrats, même administratifs ou passés par des personnes publiques.

<sup>35</sup> Il faut préciser cependant que si la collectivité est obligée de recourir à la concurrence lorsqu'elle décide de déléguer la gestion du service, elle est libre de faire un choix de gestion autre que la délégation (régie, établissement public...) et dans ce cas, la concurrence n'a pas lieu de s'appliquer : C.E. 6 avril 2007, Commune d'Aix-en-Provence, R.F.D.A. 2007 p. 812, n. Douence.

<sup>36</sup> A titre d'exemple, des services publics tels que la distribution d'eau, la gestion d'autoroutes, les transports publics locaux, les théâtres et casinos sont souvent gérés par le biais de délégations.

<sup>37</sup> Loi n°93-122 du 29 janvier 1993, relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, J.O.R.F. 30 janvier 1993 p.1588 ; modifiée par la loi n° 99-586 du 12 juillet 1999, relative au renforcement et à la simplification de la coopération intercommunale, J.O.R.F. 13 juillet 1999 p. 10361.

<sup>38</sup> C.E. 14 mars 2003 Société Air Lib, A.J.D.A. 2003 p. 1052, n. Dreyfus.

<sup>39</sup> Cons. Cons. 3 août 1994, n° 94-348-DC (loi relative à la protection sociale complémentaire des salariés), J.O.R.F. 6 août 1994 p. 11482.

<sup>40</sup> Cons. Cons. 20 mars 1997, n° 97-388-DC (loi créant les plans d'épargne retraite), J.O.R.F. 26 mars 1997 p. 4661.

<sup>41</sup> Cons. Cons. 26 juin 2003, n° 2003-473-DC (loi habilitant le Gouvernement à simplifier le droit), J.O.R.F. 3 juillet 2003 p. 11205, R. p. 382.

<sup>42</sup> C.E. 28 janvier 1998 Sté Borg Warner, A.J.D.A. 1998 p. 287 : il s'agit d'apprécier s'il est possible, par accord, de renoncer à une action en responsabilité, ce qui était prévu dans une convention d'affermage d'installations géothermiques, mais allait à l'encontre de l'article L. 2131-10 du Code Général des Collectivités Territoriales.

<sup>43</sup> C.E. 23 décembre 2009, n° 328827, Etablissement public du musée et du domaine de Versailles, Contrats-marchés publics 2010, comm. 83 ; Ph Rees et X Mouriessse, Les critères de jugement des offres dans les délégations de service public, même revue 2010, part. 2

<sup>44</sup> C.E. Ass. 16 avril 1986 Cie luxembourgeoise de télédiffusion, R.D.P. 1986 p.847, concl. Dutheillet de Lamothé.

<sup>45</sup> C.E. 10 octobre 1994 Ville de Toulouse, R. Tables, p.1105.

<sup>46</sup> Ordonnance n° 86- 1243 du 1<sup>er</sup> décembre 1986, relative à la liberté des prix et de la concurrence, J.O.R.F. 9 décembre 1986 p. 14773. On sait qu'en droit français, une ordonnance est un texte d'origine gouvernementale mais qui est pris sur habilitation parlementaire et acquiert valeur législative après ratification par le Parlement (article 38 de la Constitution).

<sup>47</sup> C.A. Paris 30 juin 1988, A.J.D.A. 1988 p. 744, n. Bazex.

<sup>48</sup> T.C. 6 juin 1989 Société d'exploitation et de distribution d'eau, R.F.D.A. 1989 p. 457, concl. Stirn.

<sup>49</sup> C.E. 23 juillet 1993 Compagnie générale des eaux, R. p. 225.

<sup>50</sup> Cass. Com. 6 octobre 1992, Bull. Cass. IV, n° 404, p.206 ; il s'agit d'une affaire de marché de travaux publics, mais la solution est transposable aux délégations de service public.

<sup>51</sup> 3 arrêts rendus le même jour : C.E. 3 novembre 1997 Sté Yonne funéraire, Sté Intermarbre et Sté Million et Marais, R.F.D.A. 1997 p. 1228, concl. Stahl.

<sup>52</sup> Loi n°95-127 du 8 février 1995, relative aux marchés publics et délégations de service public, J.O.R.F. 9 février 1995 p. 2186. L'article 6 de cette loi ajoute en effet à l'article 53 de l'ordonnance qui dispose que les règles de la concurrence s'appliquent désormais “à toutes les activités de production, de distribution et de services, y compris celles qui sont le fait de personnes publiques, **notamment dans le cadre de conventions de délégations de service public** (souligné par nous)”.

<sup>53</sup> Il ne faudrait pas imaginer de ...concurrence entre les deux ordres de juridiction sur ce point puisque le cour de cassation, avant même le vote de la loi, avait invité le juge administratif à exercer ce contrôle : Cass . com. 14 décembre 1993 Sté Guy Caouach Plascoa, D. 1994 I.R. p. 15 : en cas d'attribution d'un contrat à un concurrent, “ la décision administrative relève de la compétence administrative ”.

<sup>54</sup> Loi n° 82- 213 du 2 mars 1982, relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions, J.O.R.F. 3 mars 1982 p. 730 (rectificatif J.O.R.F. 6 mars 1982 p. 779).

<sup>55</sup> Tel qu'il résulte des modifications apportées par le Traité de Lisbonne du 13 décembre 2007 (ex art 81 et s. TCE dans la rédaction du Traité d'Amsterdam) ; encore avant (Traité de Rome dans sa rédaction d'origine), il s'agissait du titre V, chapitre I, articles 85 et s CEE.

<sup>56</sup> Parmi les directives les plus importantes qui gouvernent la matière, on peut relever les suivantes :

- Directive 89/440/CEE du Conseil, 18 juillet 1989, modifiant la directive 71/305/CEE portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux , J.O.C.E. 21 juillet 1989,

n° L.210 p. 1.

- Directive 90/547/CEE du Conseil, 29 octobre 1990, relative au transit d'électricité sur les grands réseaux, J.O.C.E. 13 novembre 1990, n° L.313 p. 30.
- Directive 92/50/CEE du Conseil, 18 janvier 1992, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de service, J.O.C.E. 24 juillet 1992, n° L.209 p. 1.
- Directive 93/36/CEE du Conseil, 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fourniture, J.O.C.E. 9 août 1993, n° L.199 p.1.
- Directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil, 31 mars 2004, relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, J.O.U.E. 30 avril 2004, n° L.134 p. 114.

<sup>57</sup> C.E. 14 mars 2003 Société Air Lib précité.

<sup>58</sup> C.E. Ass. 6 février 1998 Tête, R. p. 30, concl. Savoie.

<sup>59</sup> C.E. 21 septembre 1992 Commune de Bagnols-sur-Cèze, R. p. 1105.

<sup>60</sup> Pour un bon exemple de la faculté de sortir du schéma de départ et du contrôle effectué par le juge sur ce point, voir : C.E. 13 mars 1996 Syndicat intercommunal pour la revalorisation des déchets du secteur Cannes-Grasse R. p. 488.

<sup>61</sup> Article 5 de la loi du 8 février 1995 précitée et ord n° 2000-916 du 19 septembre 2000 portant adaptation de la valeur en euros de certains montants exprimés en francs dans les textes législatifs, J.O.R.F. 22 septembre 2000 p. 14877.

<sup>62</sup> Article 45 de la loi du 29 janvier 1993 précitée.